RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1115/2006 **ATAS/757/2006**

ARRET INCIDENT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 1

du 29 août 2006

En la cause

M_____SA, Plan-les-Ouates, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître DEMURTAS Antonina	demanderesse
contre	
S_____FAR, ZURICH, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître BRUCHEZ Christian	défenderesse

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Isabelle DUBOIS et Karine STECK, Juges

EN FAIT

1. M_____SA (ci-après la demanderesse), entreprise générale de revêtements de sols, chapes, parquets, plastiques et moquettes, est inscrite au registre du commerce de Genève depuis le 5 octobre 1978. Elle a son siège à PLAN-LES-OUATES. Elle est membre de l'Association genevoise des entreprises de revêtements d'intérieur (AGERI) et signataire de la convention collective genevoise du second œuvre.

2. Le 12 novembre 2002, la société suisse des entrepreneurs SSE, d'une part, et les syndicats SIB (UNIA depuis le 1er janvier 2005) et SYNA, d'autre part, ont conclu une convention collective de travail pour la retraite anticipée dans le secteur principal de la construction (CCT RA). Cette convention a pour but de permettre aux travailleurs du secteur principal de la construction de prendre une retraite anticipée dès l'âge de 60 ans révolus. L'entrée en vigueur de la CCT RA a été fixée au 1er juillet 2003. Les parties à cette convention ont créé le 19 mars 2003 la fondation pour la retraite anticipée dans le secteur principal de la construction, la S_____FAR, institution de prévoyance non enregistrée, dont le siège est à Zurich. Le Conseil fédéral a, par arrêté du 5 juin 2003, prévu l'extension de la CCT RA à l'ensemble du territoire suisse, à l'exception du canton du Valais. Le conseil de fondation de la S_____FAR a édicté le 4 juillet 2003, sur la base de la CCT RA, un règlement relatif aux prestations et aux cotisations de la fondation pour la retraite anticipée dans le secteur principal de la construction (règlement RA).

3. Le 10 décembre 2004, la S_____FAR a considéré que la demanderesse était partiellement assujettie, pour son secteur chapes, à la CCT RA depuis le 1er juillet 2003, date de son entrée en vigueur. Elle a confirmé ce point de vue le 17 août 2005.

4. Saisie d'une action dirigée par la demanderesse contre la S_____FAR, le Tribunal de céans a, par jugement du 24 janvier 2006, considéré que la CCT RA était applicable à la demanderesse pour le secteur chapes, à compter du 1er juillet 2003. La demande reconventionnelle déposée par la S_____FAR visant au paiement par la demanderesse des cotisations dues en vertu du règlement RA a toutefois été rejetée, au motif que :

   "Certes la demanderesse est-elle tenue de s'acquitter de cotisations conformément aux art. 6, 7, 8 et 9 du règlement RA, puisqu'elle est assujettie à la CCT RA. Il appartient toutefois à la S_____FAR de notifier à la demanderesse une décision aux termes de laquelle elle établira le montant des cotisations dues. En cas d'opposition, elle agira en reconnaissance de droit écartant expressément celle-ci conformément à l'art. 79 LP" (cf. ch. 4 du dispositif).

5. Le 17 mars 2006, la S_____FAR a contesté auprès du Tribunal fédéral des assurances (TFA) le chiffre 4 du dispositif dudit jugement. Elle considère en effet qu'elle n'est pas habilitée à rendre des décisions formelles et que lorsqu'un employeur refuse de s'acquitter des cotisations, il lui appartient d'agir judiciairement; elle n'a pas à faire notifier à l'employeur récalcitrant des commandements de payer avant de déposer une action fondée sur l'art. 79 LP devant le tribunal. Elle sollicite dès lors du TFA qu'il renvoie la cause au Tribunal de céans afin que celui-ci statue sur sa demande reconventionnelle. La cause est pendante devant le TFA.

6. La S_____FAR a fait notifier à la demanderesse des commandements de payer en date des 23 août et 4 octobre 2005 portant sur les cotisations de retraites anticipées concernant respectivement les premiers trimestre et deuxième trimestre 2005, de 16'300 fr. chacun.

7. La demanderesse ayant formé opposition à ces commandements de payer, le Tribunal de première instance a rendu le 2 mars 2006 deux jugements prononçant la mainlevée provisoire des oppositions.

8. Le 24 mars 2006, la demanderesse a déposé une action en libération de dette au sens de l'art. 83 al. 2 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) auprès du Tribunal de céans. Elle rappelle notamment que la S_____FAR avait déposé dans le cadre de la précédente procédure auprès du Tribunal de céans une demande reconventionnelle tendant précisément au paiement des sommes suivantes : 16'250 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 31 mars 2005, 125'437 fr. 70 avec intérêts à 5% l'an dès le 22 avril 2005, 16'250 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 30 juin 2005, 16'250 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 30 septembre 2005. Se référant expressément au dispositif de l'arrêt du Tribunal de céans du 24 janvier 2006, elle considère qu' "il est incontestable que le Tribunal a rejeté les prétentions chiffrées de la Fondation FAR s'agissant de cotisations prétendument échues. Dans la mesure où le TCAS, statuant sur le fond du litige, a rejeté la demande en paiement formulée par la Fondation FAR tendant au paiement des prétentions faisant l'objet des commandements de payer poursuite N° 05 198630 P et 05 229841 P, il ne fait aucun doute que la créance invoquée par la Fondation FAR dans le cadre des poursuites qu'elle a générées est inexistante". Elle conclut à ce que le Tribunal dise qu'elle ne doit pas la somme de 32'600 fr. (16'300 fr. + 16'300 fr.) ayant fait l'objet des commandements de payer.

9. Invitée à se déterminer, la S_____FAR a conclu à l'irrecevabilité de l'action en libération de dette pour cause de litispendance.

10. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

11. Au surplus, les faits et allégués pertinents des parties seront repris, en tant que de besoin, dans la partie « en droit » ci-après.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. b LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations relatives à la prévoyance professionnelle opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit, y compris en cas de divorce, ainsi qu'aux prétentions en responsabilité (art. 331 à 331e du code des obligations ; art. 52, 56a, al. 1, et art. 73 LPP ; art. 142 code civil).

   Aux termes de l'art. 73 al. 1 LPP, chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit. Les décisions des tribunaux cantonaux peuvent être déférées au Tribunal fédéral des assurances par la voie du recours de droit administratif (art. 73 al. 4 LPP).

   La S_____FAR a été créée le 19 mars 2003 en vue de l'application commune de la CCT RA conformément à l'art. 357b CO. Il s'agit d'une institution de prévoyance non enregistrée (ch. 1.1 Acte de fondation). Elle ne participe en effet pas à l'application du régime de l'assurance obligatoire au sens de la LPP.

   Selon l'art. 89 bis al. 6 CC, les art. 73 et 74 LPP sont applicables en matière de contentieux pour les institutions de prévoyance non enregistrées dont l'activité s'étend à la prévoyance professionnelle.

   L'art. 73 LPP s'applique, d'une part, aux institutions de prévoyance enregistrées de droit privé ou de droit public – aussi bien en ce qui concerne les prestations minimales obligatoires qu'en ce qui concerne les prestations s'étendant au-delà (art. 49 al. 2 LPP) – et, d'autre part, aux fondations de prévoyance en faveur du personnel non enregistrées, dans le domaine des prestations qui dépassent le minimum obligatoire (art. 89 bis al. 6 CC ; ATF 122 V 323 consid. 2a).

   La compétence du Tribunal de céans pour juger du cas d'espèce est dès lors établie.

3. L'art. 73 LPP constitue une réglementation spéciale, dérogeant à l'OJ, dans la mesure où il supprime implicitement une des conditions ordinaires de recevabilité du recours de droit administratif, à savoir l'existence d'une décision fondée sur le droit public fédéral (arrêt non publié du 25 janvier 2000, B 37/99 Kt ; ATF 114 V 105 consid. 1b).

4. L'action en libération de dette déposée par la demanderesse vise à obtenir la constatation par le Tribunal de céans qu'elle n'est pas débitrice de la somme de 32'600 fr., somme ayant fait l'objet des deux commandements de payer à elle notifiés les 23 août et 4 octobre 2005. Cette somme de 32'600 fr. représente les cotisations relatives aux premier et deuxième trimestres 2005, selon factures des 21 mars et 30 mai 2005. Ces prétentions étaient comprises dans la demande reconventionnelle formée par la S_____FAR dans le cadre de la procédure portant le N° de cause 3267/2005, qui a fait l'objet de l'arrêt du Tribunal de céans du 24 janvier 2006, contesté par un recours de droit administratif auprès du TFA.

   Force dès lors est de constater que l'objet de la présente action en libération de dette et celui de la demande reconventionnelle est le même.

5. Il s'agit en premier lieu de déterminer si la S_____FAR était en droit de faire notifier à la société les commandements de payer des 23 août et 4 octobre 2005, alors que la cause concernant la demande reconventionnelle est pendante devant le TFA.

   Selon Pierre-Robert GILLIERON, Commentaire de la LP, 1999, note 20 ad. art. 79 LP, l'action en reconnaissance de dette, soit en l'espèce la demande reconventionnelle, peut être intentée par le poursuivant déjà concurremment avec le dépôt de la réquisition de poursuite, et même avant que le commandement de payer ne soit édicté. Il n'y a pas de litispendance entre une procédure sommaire de mainlevée provisoire et un procès dit en reconnaissance de dette, lors même que l'objet de ces procédures est la même prétention (SJ 1977, 208, SJ 1979, 488).

   Il ne peut ainsi être reproché à la S_____FAR d'avoir demandé et obtenu la mainlevée provisoire des oppositions formées par la société aux commandements de payer des 23 août et 4 octobre 2005. Reste à cet égard à préciser que tant que l'action dite en reconnaissance de dette est pendante, la mainlevée provisoire ne peut pas se transformer en mainlevée définitive (cf. GILLIERON, op. cit.).

6. En revanche, si l'action dite en reconnaissance de dette est pendante, et si le poursuivant obtient la mainlevée provisoire de l'opposition, le poursuivi ne peut pas intenter l'action dite en libération de dette, car l'exception de litispendance lui est opposable (GILLIERON, op. cit. et les réf. citées).

   Le Tribunal de céans ne saurait dès lors se prononcer sur la présente action en libération de dette vu la litispendance, jusqu'à droit jugé par le TFA.

Aux termes de l'art. 14 de la loi genevoise sur la procédure administrative (LPA), la procédure peut être suspendue lorsque son sort dépend de la solution d'une question de nature civile, pénale ou administrative pendante devant une autre autorité, jusqu'à droit connu sur ces questions.

Il se justifie dans ces conditions de suspendre l'action formée par la demanderesse jusque là, étant précisé que tant que l'action dite en reconnaissance de dette est pendante, ce qui est le cas, la mainlevée provisoire ne peut se transformer en mainlevée définitive.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

1. Suspend l'instance en application de l'art. 14 LPA, tant que l'action dite en reconnaissance de dette est pendante.

2. Réserve la suite de la procédure.

3. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de **10 jours** dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière	La Présidente :
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le